

PROCESSO - A. I. N° 232893.1137/07-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 5ª JJF nº 0103-05/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 13/04/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0043-12/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de vício insanável na apuração da base de cálculo, a qual, por se tratar de farinha de trigo, deveria ser apurada nos termos do Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Contudo, o procedimento do autuante de não cobrar o imposto pela Instrução Normativa nº. 23/05 e utilizar a regra geral do art. 506-A do RICMS, decorreu em cumprimento à Decisão judicial, não ensejando qualquer arbitramento ou insegurança à base de cálculo ou de infração à legislação. Apenas acarretou na exigência a menor do imposto reclamado e negado ao erário estadual pelo contribuinte. Neste caso, a própria legislação, em seu art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina a lavratura de Auto de Infração complementar, referente ao agravamento da infração. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS que no controle da legalidade com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no art. 113 do RPAF/99, propõe a nulidade do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$4.845,06, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fiscal relativamente à farinha de trigo adquirida para comercialização, em outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

A Junta de Julgamento Fiscal inicialmente salientou que inexistindo Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente (Portaria nº 114/04), o ICMS é devido por antecipação pelo adquirente da mercadoria, no momento da entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar concedida pelo Poder Judiciário, no sentido de que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Entretanto, o Diário do Poder Judiciário publica no dia 04/06/2008 Decisão do Tribunal Pleno deferindo pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida no Mandado de Segurança nº 745334-8/2008, através da Suspensão de Execução de Liminar em Mandado de Segurança nº 27566-7/2008. Como a base de cálculo deste lançamento

foi constituída tomando como alicerce a soma do valor consignado na Nota Fiscal (NF), no CTCR, acrescido da Margem de Valor Agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS/BA, não tendo sido atendida a determinação expressa no RICMS-BA/97 em seu art. 506-A, § 2º, inciso II, foi representado à autoridade fazendária para que fosse realizado procedimento fiscal complementar, tendo em vista que o valor apurado não atendeu ao estabelecido na Instrução Normativa nº 23/05. Mantido o lançamento do crédito tributário

A Douta Representante da PGE/PROFIS, Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, no controle da legalidade interpôs REPRESENTAÇÃO (fls. 55 a 59), salientando que a Fazenda Estadual não poderia ter lavrado o Auto de Infração, como se encontra lavrado, pois não guarda conformidade com as normas integrantes da legislação tributária, pois, mesmo não estando jungido aos termos da Decisão liminar em questão, procedeu-se ao cálculo do imposto tal como ali determinado e não na forma prevista na regra incidente na espécie (Instrução Normativa nº 23/2005), fazendo com que a presente autuação seja flagrantemente NULA, eis que lavrada em descompasso com a legislação estadual, à vista do que com fulcro no art. 114 inciso II e § 1º do RPAF, e no Art. 119 inciso II e § 1º do COTEB, representa ao Eg. CONSEF pela decretação da NULIDADE antes referida.

VOTO VENCIDO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido na primeira repartição fiscal relativamente à farinha de trigo, adquirida para comercialização junto a estabelecimento situado em Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, conforme Nota fiscal nº 1255.

Tendo em vista a inexistência da concessão de medida liminar em mandato de segurança, suspendendo a exigibilidade creditória, a Fazenda Estadual não poderia ter lavrado o Auto de Infração, como se encontra lavrado, pois não guarda conformidade com as normas integrantes da legislação tributária, pois, mesmo não estando jungido aos termos da Decisão liminar em questão, procedeu-se ao cálculo do imposto tal como ali determinado e não na forma prevista na regra incidente na espécie (Instrução Normativa nº 23/2005), fazendo com que a presente autuação seja flagrantemente NULA.

Em face da flagrante nulidade solicito à Repartição Fazendária de origem que promova nova autuação do contribuinte quanto aos fatos que constituíram o objeto dos presentes autos, desta feita utilizando-se para fins de configuração da base de cálculo, os valores constantes do Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/2005.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS, para modificar a Decisão recorrida e decretar a NULIDADE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Respeitosamente, divirjo do voto proferido pelo ilustre relator, pois considero que a Representação em apreço não deve ser acolhida, conforme passo a me pronunciar.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 2007, portanto, antes da suspensão dos efeitos da liminar concedida no Mandado de Segurança nº 745334-8/2008. Dessa forma, quando foi lavrado o referido Auto de Infração, a fiscalização estava obrigada a obedecer à determinação contida na liminar que amparava o recorrido, isso é: a se abster de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da Instrução Normativa 23/05 (Instrução Normativa nº 23/05).

Em consonância com a determinação judicial, a apuração da base de cálculo do imposto lançado foi feita sem a utilização da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05. Na determinação da base de cálculo, o autuante adotou o valor constante na nota fiscal mais as despesas com frete e, sobre esse montante, aplicou a margem de valor agregado prevista na legislação tributária estadual.

Como a base de cálculo apurada com a aplicação da margem de valor agregado era menor que a prevista no artigo 506-A, § 2º, inciso II, do RICMS-BA, a primeira instância, acertadamente, determinou que a autoridade fazendária competente providenciasse a lavratura de Auto de Infração complementar para cobrar o valor que porventura não tenha sido alcançado pelo presente Auto de Infração.

O acima exposto está em conformidade com o posicionamento adotado por este CONSEF, conforme evidenciam os Acórdãos CJP Nºs 0048-11/08 e 0005-12/08, dentre outros.

Tendo em vista a existência de medida liminar em vigor na época da lavratura do Auto de Infração, o procedimento fiscal e a Decisão de Primeira Instância foram corretos e, portanto, não vislumbro razão para o acolhimento da Representação da PGE/PROFIS.

Voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Márcio Medeiros Bastos, Mônica Maria Roters, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Eduardo César Gonçalves Braga.

Sala das Sessões do CONSEF 09, de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO CESAR GONÇALVES BRAGA – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS